B. Die Stelle in der Justinianischen Compilation.

Wir müssen uns darauf gefaßt machen, von Einigen eingewendet zu erhalten, daß, wenn auch Macer den creditor fiduciarius vor Augen gehabt, dies bei den Compilatoren wegen Verschwindens der fiducia nicht mehr habe der Fall sein können, daß diese vielmehr nur die hypothekarischen und Faustpfandgläubiger im Sinne hatten, und daß demnach auch wir an diese Auffassung gebunden seien. Wir glauben nun in unserer Ausführung dargethan zu haben, daß diese beiden Arten von Pfandgläubiger unter das von Macer aufgestellte Prinzip durchaus nicht passen, und stellen deßhalb den Anhängern einer strengeren Receptionslehre die Alternative: entweder das Prinzip für recipirt zu erachten und sonach das mit diesem nicht übereinstimmende Beispiel der Flüchtigkeit der Compilatoren zur Last zu schreiben, oder aber das Prinzip fallen zu lassen und die nachgewiesenen falschen Beispiele bei uns heimisch zu machen; ein Drittes gibt es nicht! —

XIV.

Ist das von einem verbetenen Spruchcollegium gefällte Erkenntniß für nichtig zu erachten?

Von **Fitting.**

Da mir durch meine hiesige Stellung die theoretische und praktische Beschäftigung mit dem Civilprocesse wieder nahe gebracht ist, so sei es mir gestattet, mitunter auch processualische Fragen in diesen Blättern zu besprechen. Ich wähle zunächst die in der Ueberschrift genannte Frage, welche, obwohl theoretisch interessant und für viele deutsche Länder noch immer auch von praktischer Bedeutung, dennoch, so weit ich sehe, von keinem der Neueren eingehender erörtert worden ist. Ueberhaupt habe ich bei Elsäßer (Ueber den Geschäftsgang bei der Actenversendung als Anhang zu Danz, Grundsätze des ordentl. Processes § 18), Martin (Lehrbuch des deut. gem. bürg. Processes, 12.

Ausg. § 69) und Sartorius (Revision der Lehre von der Actenversendung in der Zeitschr. f. Civilr. und Proceß XIV. S. 253) nur eine einzige besondere Abhandlung über den Gegenstand angeführt gefunden:

> **Chr. Heinr. Lang Diss. de nullitate respectiva sententiae actis ad collegium iuridicum exemtum transmissis. Rostock 1783.**

Leider ist diese Schrift auf der hiesigen Universitätsbibliothek nicht vorhanden, so daß ich sie für den gegenwärtigen Aufsatz nicht habe benutzen können. Ich will hoffen, daß dieser Mangel kein allzu wesentlicher sei.

§ 1.

Wenn auf Antrag einer oder beider Parteien oder auch von Amtswegen die Versendung der Acten zu auswärtigem Spruche beschlossen wird, so hat bekanntlich jede Partei das Recht, sich ohne Angabe von Gründen drei Spruchcollegien zu verbitten, an welche dann die Versendung nicht erfolgen soll. Nun kommt es aber dennoch aus Versehen der Gerichte mitunter vor, daß eine verbetene Juristenfacultät beschickt wird, und wenn nun auch diese die Exemtion übersehen und, statt die Acten zurückzusenden, ein Urtheil gefällt hätte: so fragt sich, ob dieses Urtheil gültig oder nichtig sei. [1])

Dafür, daß es nicht als nichtig angesehen werden dürfe, ließe sich sagen, daß der Ausspruch eines Spruchcollegiums juristisch blos als ein Rath, als ein Gutachten betrachtet werden könne, welches der Richter von dem Collegium erhole und seinem Urtheil zu Grunde lege. Das Collegium erscheine juristisch gewissermaßen nur als Concipient des Urtheils; dieses selbst sei aufzufassen als ausgehend und gesprochen von dem verschickenden Gerichte, und sofern daher nur letzteres fähig und zuständig sei, in der Sache zu entscheiden, so müsse das Erkenntniß als gültig erachtet werden, und auf Mängel, welche blos das gewählte Spruchcollegium berühren, könne nichts ankommen,

---

1) Diese Frage hat unserm hiesigen Spruchcollegium ganz unlängst zur Entscheidung vorgelegen, und dadurch ist zunächst der gegenwärtige Aufsatz veranlaßt worden.

eben so wenig, als juristisch die Person desjenigen in Betracht komme, der als Gehülfe eines Advocaten für diesen eine Proceßschrift, oder als Correspondent eines Kaufmanns für diesen einen Geschäftsbrief abfaßt. [2])

Auf diesem Standpunkte steht wirklich Leyser (**Meditat. ad Pand. Sp. VI. med. 9**), indem er zugleich ein Urtheil der Juristenfacultät Helmstedt vom September 1710 mittheilt, welches sich gleichfalls für die Gültigkeit des Urtheils verbetener Spruchcollegien erklärt.

§ 2.

Bei solcher Schlußfolgerung liegt indessen eine völlige Verkennung und Nichtbeachtung des wesentlichen Unterschiedes der Actenversendung zum Behufe bloser Rathserholung und zum Zwecke eines eigentlichen rechtlichen Spruches zu Grunde. [3]) Im ersten Fall soll allerdings das befragte Collegium dem Gerichte blos eine Rechtsbelehrung, ein Gutachten ertheilen, woran das Gericht nicht gebunden ist, und wovon es daher nach Gutbefinden abweichen kann. Das Urtheil selbst wird lediglich von dem Gerichte gesprochen, und es versteht sich daher, daß dessen Gültigkeit oder Nichtgültigkeit niemals mit Rücksicht auf das befragte Spruchcollegium beurtheilt werden kann, daß namentlich die Exemtion eines Collegiums keinen Sinn hat und im Fall der Nichtbeachtung auf den Rechtsbestand des Erkenntnisses keinen Einfluß zu üben vermag. Das befragte Collegium tritt hier überhaupt den Parteien gegenüber gar nicht handelnd und entscheidend auf, sondern es äußert dem Gerichte blos seine Ansicht über den Fall, und es ist Sache des Gerichtes, ob und wieweit es sich diese Ansicht aneignen will. Immer aber ist es schließlich und allein das Gericht, von dem die eigentliche Entscheidung ausgeht.

Ganz anders bei der Actenversendung zum rechtlichen Spruche, von der allein bei unserer Frage die Rede ist. Daß hier das beschickte Collegium nicht eine blose Rechtsbelehrung, einen blosen unmaßgeblichen Rath ertheilt, ergibt sich einfach

---

2) Vgl. Ihering in den Jahrbüchern für Dogmatik I. S. 279.

3) S. über diesen Unterschied Sartorius S. 219, 230 ff., 239 ff.

daraus, daß das verschickende Gericht das eingegangene Erkenntniß nicht abändern darf, selbst dann nicht, wenn es mit dessen Inhalt nicht einverstanden wäre, sondern es so, wie es lautet, den Parteien eröffnen muß. Hier tritt also das Spruchcollegium wirklich und auch den Parteien gegenüber handelnd auf; das Collegium ist es, welches anstatt des verschickenden Gerichtes das Urtheil fällt und für dessen Inhalt die alleinige Verantwortung trägt.

Hier kann daher allerdings auch von einer Nichtigkeit aus der Person des Spruchcollegiums die Rede sein, wie denn z. B. das Erkenntniß unzweifelhaft als nichtig angesehen werden müßte, wenn dabei erweislich nicht die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern mitgewirkt hätte.

§ 3.

Um nun die Frage zu lösen, ob insbesondere auch die Exemtion eines Spruchcollegiums eine Nichtigkeit seines Erkenntnisses nach sich ziehe, ist es nothwendig, vor allem den juristischen Gesichtspunkt zu bestimmen, auf welchem die Befugniß der Spruchstellen zur Aburtheilung der an sie geschickten Rechtssachen beruht.

Es versteht sich von selbst, daß der Grund dieser Befugniß nicht etwa in der Eigenschaft der Spruchcollegien als eigentlicher Gerichte erblickt werden darf. Denn diese Eigenschaft besitzen sie in keiner Weise, es fehlt ihnen jede Gerichtsbarkeit, wie schon daraus erhellt, daß sie in der Regel ganz anderen Staaten angehören, als das Gericht, welches die Acten an sie verschickt. Vielmehr läßt sich jene Befugniß juristisch nur auf ein mandatum iurisdictionis zurückführen, eine Ansicht, welche denn auch gegenwärtig allgemein anerkannt ist.[4])

Diese Auffassung erscheint aber in der That im höchsten Grade passend und zutreffend. Das versendende Gericht überträgt dem Spruchcollegium die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit

---

4) Vgl. z. B. Martin, Lehrbuch § 69, Linde, Lehrbuch des deut. gem. Civilproc. § 71, Sartorius, S. 243 f, Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilpr. 8. Aufl. S. 177, Osterloh, Lehrb. des gem. deut. ordentl. Civilpr. § 96 (I. S. 205), Osterloh, Sächsischer ordentl. bürgerl. Proceß I. § 119 Anm. 7 und § 126.

für den einzelnen Fall. Daraus folgt, daß das Collegium nur im Namen des verschickenden Gerichtes sprechen kann, und daß sein Urtheil juristisch ganz so beurtheilt wird, als ob es von dem Gerichte selbst gefällt wäre. [5]) Es erhellt aber ferner, warum die Actenversendung in jeder Instanz möglich ist, und, da die Befugniß des Spruchcollegiums zur Urtheilsfällung lediglich auf einem Auftrage des verschickenden Gerichtes beruht, so erklärt sich endlich, weshalb einerseits das angegangene Collegium eine Sache willkürlich ablehnen, anderseits aber das versendende Gericht vor ertheiltem Spruche die Acten beliebig wieder zurückfordern kann. Kurz der Gesichtspunkt des **mandatum iurisdictionis** wird wohl bei keiner einzigen Frage im Stiche lassen.

§ 4.

Namentlich versteht sich nun nach diesem Gesichtspunkte ganz von selbst, daß ein Spruchcollegium in einer Sache blos dann gültig urtheilen kann, wenn und sofern ihm das damit befasste Gericht einen gültigen Auftrag zur Ausübung seiner Gerichtsbarkeit in dieser Sache ertheilt hat. Wenn und soweit es an einem solchen Auftrage fehlt oder der ertheilte nicht gültig ist, erscheint der Ausspruch der Spruchstelle als blose Privatäußerung eines sachverständigen Collegiums, welcher vielleicht noch eine gewisse innere Auctorität beiwohnen mag, aber niemals irgend welche äußerlich bindende Kraft und Bedeutung zukommen kann; er hat m. a. W. höchstens noch die Bedeutung eines Gutachtens, aber nicht die Kraft eines Urtheils.

Wenn nun jeder Partei das Recht gegeben ist, drei Spruchcollegien zu verbitten, so kann dies vernünftigerweise, und wenn jenes Recht nicht zu einem leeren Schein und unmaßgeblichen Wunsche herabsinken soll, keinen andern Sinn haben, als den, daß einem verbetenen Collegium der Auftrag zur Urtheilsfällung nicht gültig gegeben werden kann. Daraus ist dann aber eine einfache und nothwendige Folge, daß das demungeachtet von ihm gefällte Erkenntniß nichtig sein muß.

---

5) Vgl. Bayer, Vorträge S. 174, Martin, Lehrbuch §. 68 und Vorlesungen ebendaselbst.

§ 5.

Dieser Satz wird denn auch gegenwärtig wohl allgemein anerkannt [6]), und nur darüber besteht Streit, ob die Nichtigkeit eine heilbare oder unheilbare sei.

Gewiß kann aber nach gemeinem Recht eine blose heilbare Nichtigkeit im processualischen Sinne nicht angenommen werden, weil der jüngste Reichsabschied §. 122

„diejenigen Nullitäten, welche insanabilem defectum auß der Person deß Richters — — nach sich führen"

ausdrücklich für unheilbar erklärt, bei dem Erkenntniß eines verbetenen Spruchcollegiums aber ein „**insanabilis defectus** aus der Person des Richters" angenommen werden muß, da ein solches Erkenntniß offenbar mit dem Urtheil eines Richters, der für die concrete Sache aller Gerichtsbarkeit entbehrt, auf völlig gleicher Linie steht. Eine Behörde, welche an sich keine Gerichtsbarkeit besitzt, kann, wenn ihr nicht die Ausübung einer fremden Gerichtsbarkeit für den einzelnen Fall gültig aufgetragen ist, niemals einen Spruch von äußerlich verbindender Kraft abgeben. [7])

§ 6.

Inzwischen muß doch hier noch auf einen nicht unwichtigen Umstand aufmerksam gemacht werden. Das Exemtionsrecht ist jeder Partei nur in ihrem eigenen Interesse eingeräumt. Wie es ihr daher frei steht, auf dessen Ausübung zu verzichten, so kann sie auch die Exemtion eines Spruchcollegiums nachträglich wieder zurücknehmen, womit dann die Exemtion alle Kraft verliert. [8]) Man darf nicht etwa denken,

---

6) Vgl. **Hommel**, **Rhaps. Obs.** 181, Sartorius, S. 253, Martin, Vorlesungen I. S. 414, Linde, Lehrbuch § 71, Osterloh, Lehrb. des gem. Civilpr. § 257 (II. S. 244).

7) Auch Osterloh, Lehrb. des gem. Civilpr. § 257 (II. S. 244 vgl. S. 246) nimmt eine unheilbare Nichtigkeit an. — Anders manche Particularrechte, so z. B. die Anhaltische Gerichtsordnung von 1665 Tit. XVI. Hier wird die unheilbare Nichtigkeit ausdrücklich auf den Fall beschränkt, wenn „ein Urtheil aus falschem Gezeugniß oder **Instrumentis** gesprochen" wird, und in allen andern Fällen kann daher nur eine heilbare Nichtigkeit im processualischen Sinne angenommen werden.

8) Elsäßer § 20.

daß durch die einmal geschehene Exemtion eine Gemeinschaft derselben einträte, so daß sie nur mit Zustimmung des Gegentheils wieder zurückgezogen werden könnte, des Gegentheils, der vielleicht blos deßhalb nicht selbst eine Spruchstelle verbeten habe, weil dies bereits von der anderen Seite geschehen. Denn daß dies in der Praxis, welcher allein das Exemtionsrecht seine Entstehung verdankt und nach deren Anschauungen es daher zu beurtheilen ist, nicht so gehalten werde, daß vielmehr jede Partei bezüglich der von ihr vorgenommenen Exemtionen vollkommen freie Hand behalte und sie stets wieder beliebig zurücknehmen könne, sagt Elsäßer § 20 ganz ausdrücklich, indem er davor warnt, die Exemtion eines Spruchcollegiums blos deßhalb zu unterlassen, weil es schon vom Gegentheil verbeten sei. Es war nach ihm eine — damals, wie es scheint, gar nicht seltene — Finte, daß eine Partei, wenn sie vermuthete, der Gegentheil werde gegen ein gewisses Collegium protestiren, um dies zu vereiteln, das Collegium selbst eximirte. Hatte sich der Gegner dadurch verleiten lassen, diese Exemtion seinerseits nicht zu wiederholen, so zog nun jene ihre Protestation wieder zurück, und der Zweck war erreicht.

§ 7.

Weil nun der Grund, weßhalb der vom Gericht an ein eximirtes Spruchcollegium ertheilte Auftrag ungültig und daher das von letzterem gefällte Urtheil nichtig ist, blos und allein in der geschehenen Exemtion besteht, so muß beiderlei Ungültigkeit durch nachträgliche Zurücknahme der Exemtion gehoben werden, da eine zurückgenommene Exemtion nicht weiter beachtet wird und so gut, wie gar nicht geschehen ist.

Aber, wird man vielleicht fragen, wie ist es möglich, daß ein Auftrag, der von Anfang wegen Exemtion des Collegiums ungültig war, später durch Wegfall dieses Hindernisses gültig werden kann? Damit verhält es sich so:

Es kommt im Rechte nicht selten vor, daß zur Herbeiführung eines gewissen juristischen Erfolges außer der eigentlich wirkenden, das Rechtsgeschäft eigentlich bildenden und enthaltenden Haupthandlung des Einen auch noch die Einwilligung

eines Andern gehört. So hat z. B. das Veräußerungsgeschäft eines Minderjährigen keine Wirkung ohne Zustimmung seines Curators; die Verpfändung einer fremden Sache erzeugt ein Pfandrecht nur, wenn der Eigenthümer einwilligt u. s. w.[9]) In allen solchen Fällen ist die Einwilligung des Andern insofern wesentlich, als ohne sie die betreffende Rechtswirkung nicht entstehen kann; aber dennoch hat sie immer nur eine nebensächliche, unterstützende Bedeutung. Nicht sie ist es, welche jene Wirkung eigentlich ins Leben ruft, sondern diese knüpft sich an sich blos an die Haupthandlung; letztere ist das eigentlich wirkende und erzeugende Moment, und die Zustimmung des Andern ist nur erforderlich, um ihr im gegebenen Falle die Kraft zu dieser Wirkung zu geben. Die Einwilligung des Andern bildet nur eine der Voraussetzungen, welche im gegebenen Fall vorhanden sein müssen, wenn die Haupthandlung ihre beabsichtigte Wirkung äußern soll. So ist es also z. B. nicht die Zustimmung des Curators, sondern die Veräußerungshandlung des Minderjährigen, welche das Eigenthum überträgt; aber letztere kann freilich den Eigenthumsübergang nur dann bewirken, wenn der Curator seine Einwilligung gibt.

Weil nun der Einwilligung des Andern nur eine unterstützende Bedeutung zukommt, so braucht sie auch nicht gerade schon zur Zeit der Haupthandlung vorhanden zu sein, sondern es genügt, wenn sie nur überhaupt zu der Haupthandlung hinzutritt. Diese äußert auch dann ihre Wirkung, wenn die Einwilligung des Andern erst später erklärt wird, und zwar datirt auch in solchem Fall die Wirkung nicht erst von dem Zeitpunkte der nachträglich erklärten Einwilligung, sondern schon von der Zeit der Haupthandlung an. Bei Verpfändung einer fremden Sache datirt also das Pfandrecht schon vom Verpfändungsacte, sofern nur der Eigenthümer nachträglich seine Genehmigung ertheilt;[10]) desgleichen geht durch die Veräußerungshandlung des Minderjährigen sofort das Eigenthum über, falls

---

9) Vgl. Ihering in seinen Jahrbüchern I. S. 292, 295 ff.

10) Dies wird ganz unzweideutig ausgesprochen in der bekannten L. 16 § 1 de pign. 20, 1.

der Curator auch nur nachher noch seine Zustimmung gibt.[11]) M. a. W., wenn es zur Zeit der Haupthandlung noch an der Einwilligung des Andern fehlt, so ist die Wirkung der ersten noch in der Schwebe (in pendenti); wird jene später erklärt, so erhält damit die Haupthandlung nach rückwärts Gültigkeit und Wirksamkeit. Die Ungültigkeit der Haupthandlung ist also zunächst nur eine schwebende, welche durch spätere Ertheilung der Einwilligung gehoben wird.[12])

§ 8.

Mit einem Fall ähnlicher Art haben wir es nun auch bei der Actenversendung zu thun. Damit ein Spruchcollegium in einer Sache gültig urtheilen könne, ist zweierlei erforderlich: erstens als eigentlich wirkende Haupthandlung der Auftrag, der ihm von dem Gericht ertheilt wird, und zweitens als unterstützendes Nebenmoment, daß das Collegium von keiner der Parteien verbeten ist. Einer positiven Einwilligung in die Beschickung eines gewissen Collegiums bedarf es freilich nicht, und darin besteht ein kleiner Unterschied unseres Falls von

11) Der Ansicht, welcher Ihering S. 298 zuneigt, daß das Geschäft erst von der nachträglichen Einwilligung des Curators an datire, weil juristisch alles so anzusehen, als ob die Handlung des Mündels im Moment der Genehmigung vorgenommen oder wiederholt worden wäre, — vermag ich nicht beizustimmen. Auch dürfte doch eine solche Auffassung nur bei ganz formlosen Geschäften möglich sein; denn wie könnte z. B. die vom Minderjährigen vorgenommene und vom Curator erst später genehmigte Mancipation eines Sklaven jetzt im Augenblicke der Genehmigung als wiederholt angesehen werden, da es doch an allen Erfordernissen der Mancipation in diesem Zeitpunkte fehlt! (Von der erst nach späterem römischem Rechte zu fast allen Veräußerungen von Mündelgut erforderlichen obrigkeitlichen Erlaubniß sehe ich hier überall ab.)

12) Ueber den Begriff der schwebenden Nichtigkeit vgl. meine Abhandlung im 42. Bande dieser Zeitschrift S. 171 und besonders Unger System des allg. österreich. Privatrechts II. S. 149 ff., dem ich nur insofern nicht beistimmen kann, als er (S. 150 Anm. 40) glaubt, daß die schwebende, insbesondere die relative Nichtigkeit dem römischen Rechte fremd sei. Mir scheint der Begriff der schwebenden und namentlich der relativen (von dem Willen einer bestimmten Person abhängigen) Nichtigkeit praktisch so unentbehrlich, daß er in keinem Rechte fehlen kann.

den im vorigen § besprochenen; vielmehr genügt es, wenn nur nicht eine Partei sich der Versendung an eine bestimmte Spruchstelle ausdrücklich widersetzt. Im übrigen kommen jedoch beiderlei Fälle juristisch ganz überein.

Jenes zweite unterstützende Moment braucht nun auch hier nicht gerade schon zur Zeit der Haupthandlung vorhanden gewesen zu sein, sondern es genügt, wenn es auch erst später hergestellt wird. M. a. W. die Versendung der Acten an ein verbetenes Spruchcollegium erhält Gültigkeit, wenn nachträglich die Exemtion wieder zurückgenommen wird.

Man kann sich die Sache auch so denken (was freilich juristisch ganz auf dasselbe hinausläuft): Zur Gültigkeit des Urtheils einer Spruchstelle gehören zwei Erfordernisse: ein positives, der vom Gericht erhaltene Auftrag, und ein negatives, die Nichtverbittung durch eine der Parteien. Das erste Erforderniß ist natürlich vorhanden, auch wenn die Acten an ein verbetenes Collegium versandt werden. Sobald aber die Exemtion zurückgezogen wird, tritt nun auch das zweite negative Erforderniß hinzu, weil eine zurückgenommene Exemtion einer gar nicht geschehenen völlig gleich zu achten ist. Folglich muß denn das Urtheil des Collegiums nunmehr als gültig erscheinen.

§ 9.

Die Zurücknahme der Exemtion kann nun aber natürlich auch noch nach der Verkündung des von dem verbetenen Spruchcollegium gefällten Urtheils geschehen, also nachdem die Parteien bereits erfahren haben, an welches Collegium die Acten versendet waren; denn, warum die Zurückziehung der Exemtion jetzt weniger statthaft sein sollte, als früher, dafür ist durchaus kein Grund abzusehen. M. a. W. die Partei, welche das Collegium verbeten hatte, kann dessen Urtheil nachträglich anerkennen, wodurch dieses dann als vollkommen gültig sich darstellt. Es verhält sich ganz ähnlich, wie mit dem Erkenntnisse, welches gegen den nichtbevollmächtigten Vertreter einer Partei ergangen ist; auch dieses, obwohl an sich an unheilbarer Nichtigkeit leidend, erweist sich als gültig, wenn die Partei nachträglich die Stellvertretung genehmigt.

Zugleich folgt aber aus den bisherigen Ausführungen, daß gerade nur die Partei, von der das Collegium eximirt worden war, die Nichtigkeit seines Erkenntnisses geltend machen darf. Die Gegenpartei, wenn sie sich dadurch beschwert fühlt, kann appelliren oder ein anderes ordentliches Rechtsmittel (Läuterung u. dgl.) gebrauchen, aber die Nichtigkeitsbeschwerde kann sie nicht erheben. [13])

§ 10.

Diese, in der Praxis ohne Zweifel stets anerkannten Gedanken haben offenbar denjenigen vorgeschwebt, welche, wie Hommel (Rhaps. Obs. 181) und Sartorius (S. 253), eine blose heilbare Nichtigkeit annehmen. [14])

Allerdings ist die Nichtigkeit in gewissem Sinn eine heilbare, insofern sie nämlich nicht unter allen Umständen vorhanden ist, sondern nachträglich noch gehoben werden kann. Nur darf man sie nicht als heilbar im processualischen Sinn und im Sinne des jüngsten Reichsabschiedes betrachten, eben so wenig, als man annehmen darf, daß das gegen den nicht bevollmächtigten Stellvertreter ergangene Urtheil deswegen blos an heilbarer Nichtigkeit im processualischen Sinne leide, weil es durch nachträgliche Genehmhaltung der Stellvertretung Gültigkeit erlangen kann. Die Nichtigkeit ist zwar in beiden Fällen nur eine schwebende und relative, aber sie ist keine heilbare im processualischen Verstande, so daß sie immer einfach schon dadurch als gehoben zu erachten wäre, daß binnen der zehntägigen Nothfrist gegen das Erkenntniß kein Rechtsmittel eingelegt worden ist.

Nach Gönner's Meinung (im Handbuch III. Abh. 64) würde freilich der Unterschied der heilbaren und unheilbaren

---

13) Nach Sartorius S. 253 würden beide Parteien die Nichtigkeit geltend machen können. Allein diese Ansicht beruht unverkennbar auf dem Gedanken einer Gemeinschaft der einmal geschehenen Exemtion, welcher nach Elsäßer's unverwerflichem Zeugnisse der Praxis völlig fremd ist.

14) Auch Leyser Meditat. ad Pand. Speo. VI. med. 9 und das von ihm mitgetheilte Helmstedter Urtheil schließen sich dieser Ansicht an für den Fall, daß man überhaupt eine Nichtigkeit annehmen wolle.

Nichtigkeit mit dem der relativen und absoluten Nichtigkeit wesentlich übereinkommen, indem Gönner jenen Gegensatz danach bestimmen will, ob eine Nichtigkeit einem Verzicht unterworfen sei oder nicht. Allein diese Ansicht kann nicht als richtig anerkannt werden, wie denn Gönner selbst genöthigt ist, in § 16 der gedachten Abhandlung den Mangel der Vollmacht des Stellvertreters für eine unheilbare Nichtigkeit zu erklären, obwohl der Vertretene darauf verzichten, d. h. die in seinem Namen geschehene Proceßführung nachher genehmigen kann. Auch Wetzell, der in den ersten Heften der ersten Auflage seines Systems des ordentlichen Civilprocesses (s. § 10 Note 33 und § 39 Note 26) der Gönner'schen Ansicht noch gefolgt war, hat sie später (§ 60 Note 91) ausdrücklich aufgegeben und (S. 648) den Unterschied der heilbaren Nichtigkeit im processualischen Sinn und der durch spätere Genehmigung heilbaren, d. h. relativen Nichtigkeit gut entwickelt.

§ 11.

Es kann sich nur noch fragen, ob nicht unser Fall den Fällen der heilbaren Nichtigkeit im processualischen Sinn wenigstens praktisch gleichstehe, ob nämlich nicht darin, daß eine Partei binnen der zehntägigen Nothfrist die Nichtigkeit des Erkenntnisses eines von ihr verbetenen Spruchcollegiums geltend zu machen unterläßt, immer eine genügende stillschweigende Anerkennung des Erkenntnisses erblickt werden müsse. Allein auch diese Frage ist in solcher Allgemeinheit zu verneinen, weil jene Thatsache für sich allein nicht immer als hinreichend schlüssig erachtet werden kann. Nehme man z. B. den Fall, die Partei, von der die Exemtion ausgegangen ist, habe zur Verkündung des Urtheils schriftlich submittirt und erhalte erst in dem letzten Momente der Nothfrist eine Abschrift des Erkenntnisses, so daß sie jetzt erst erfährt, von welchem Collegium dieses herrührt: so ist von selbst einleuchtend, daß hier die Auslegung des ungenutzten Ablaufes der Nothfrist als stillschweigender Anerkennung und Verzichtes auf die Geltendmachung der Nichtigkeit völlig unthunlich und unstatthaft wäre.

§ 12.

Das Ergebniß dieser Erörterungen läßt sich in folgenden einfachen Sätzen zusammenfassen: Das Urtheil eines verbetenen Spruchcollegiums ist unheilbar nichtig, die Nichtigkeit kann jedoch nur von derjenigen Partei geltend gemacht werden, von der die Exemtion geschehen war, und wenn diese Partei das Urtheil ausdrücklich oder stillschweigend durch schlüssige Handlungen anerkennt, so ist die Nichtigkeit gehoben.

XV.

Eine kurze praktische Notiz.

Von **Fitting.**

Es kommt gar nicht selten vor, daß im Gefolge eines Kaufes Sachen, die nicht mitverkauft sind, thatsächlich in die Hände des Käufers gelangen. Z. B. Jemand hat verkauften Syrup in nicht mitverkauften Fässern dem Käufer zugeschickt, oder dieser hat sich bei einem Gutsverkaufe auch in den Besitz eines Ackers gesetzt, der nach der Behauptung des Verkäufers im Verkaufe nicht begriffen war, oder der Käufer hat Früchte an sich genommen, worauf er zufolge des Kaufes keinen Anspruch hatte u. dgl. Es fragt sich, mit welcher Klage solche Sachen zurückgefordert werden können, und vielen Lesern dieser Zeitschrift möchte nun vielleicht die Notiz nicht unwillkommen sein, daß zu dem Ende auch die actio venditi gebraucht werden kann. Dieser theoretisch eben so interessante, als praktisch wichtige Satz scheint zwar selten beachtet zu werden, geht aber mit voller Bestimmtheit aus L. 29, 30 de cont. emt. 18, 1 und L. 2 C. de act. emti 4, 49 hervor.

L. 29, 30 de cont. emt. (Ulpianus):

Quoties servus venit, non cum peculio distrahitur. — — Unde si qua res fuerit peculiaris a servo surrepta, condici potest, videlicet quasi furtiva; hoc ita, si